

Université Toulouse 1 Capitole
Faculté de droit et science politique
Journée d'études sur la famille mutante
Vendredi 27 mars 2015

La famille : une histoire faite d'évolutions, de mutations?

Dans nos questionnements juridiques, peu de thèmes sont aussi sensibles que celui concernant la famille. Les débats de société ont longtemps tourné autour du divorce, de la filiation naturelle, de l'interruption volontaire de grossesse, de la place de l'enfant dans la famille¹, plus récemment sur l'ouverture en droit français du mariage aux personnes de même sexe et les questions qui vont suivre : la procréation médicalement assistée, la gestation pour autrui. Les progrès de la médecine sont à prendre en compte, de même que l'allongement de la durée de la vie. Songeons qu'au milieu du XIXe siècle, entre la fin de la monarchie de Juillet et le début du Second Empire, l'espérance de vie en France se situait autour de quarante ans², moitié moins qu'aujourd'hui, l'âge du mariage pour les femmes autour de vingt ans et dix ans de plus pour les hommes³. La question de l'homosexualité, longtemps criminalisée dans l'Histoire puis refoulée s'est imposée dans les débats contemporains, dans nos sociétés civiles mais aussi au sein même des Eglises. Mes savants collègues civilistes vous parleront mieux que moi de ces questions actuelles que le droit a parfois du mal à saisir et qui heurtent frontalement nos conceptions classiques et le modèle traditionnel de la famille occidentale.

Le rôle de l'historien du droit est de questionner le passé, non pas pour faire de l'archéologie juridique, mais plutôt pour rappeler quelques notions centrales qui permettent d'éclairer les évolutions historiques du droit de la famille. Je voudrais dire, en commençant, que notre conception de la famille et ce que nous allons dire, les uns, les autres est forcément lié à nos histoires personnelles qui ne sont pas toujours de longs fleuves tranquilles, lié aussi à nos convictions philosophiques, morales, religieuses. Il serait vain de se présenter en juriste dégagé de tout a priori. Je crois aussi qu'il faut traiter de toutes ces questions avec infiniment de délicatesse et de discernement car les sujets que nous allons aborder lors de cette journée d'études sont sensibles. Je m'en suis rendu compte cette semaine encore lorsque j'évoquais auprès d'étudiants de troisième année de Licence en droit la manière dont l'adultère était traité dans le code pénal⁴ de 1810, avec un fort déséquilibre, qui étonne les

¹ Famille et éducation : L'enfant Roi, Actes du colloque des 5 et 6 avril 2000 à l'Institut catholique de Lille, , Avant-propos de Françoise Dekeuwer-Defossez, Textes réunis par Sylvie Humbert, Paris, L'espace juridique, 2002.

² Bien entendu, il s'agit de moyennes statistiques et beaucoup d'enfants mourraient en bas âge et de femmes au moment de l'accouchement. L'espérance de vie est de 39 ans 3 mois pour les hommes, 41 ans pour les femmes pour la période 1840-1859, d'après *L'Annuaire statistique rétrospectif*, Edition 1951, cité par Isabelle Bricard, Saintes et pouliches, L'éducation des jeunes filles au XIXe siècle, Paris, Albin Michel, 1985, note 6, p. 344.

³ Alors que l'article 144 du code civil fixe l'âge minimum du mariage à dix-huit ans révolus pour l'homme et quinze ans révolus pour la femme.

⁴ Cf les articles 336 à 340 du code pénal.

jeunes générations, entre l'homme et la femme. La femme est punie d'une peine d'emprisonnement de trois mois à deux ans (article 337) alors que le mari adultère n'est puni que d'une amende et encore uniquement dans le cas où il entretient sa concubine au domicile conjugal (article 339). Cette disparité, même si elle s'explique par le fait qu'en commettant l'adultère, la femme risque de faire entrer dans la famille légitime un enfant qui n'est pas de son mari, est aujourd'hui choquante. L'article 324 prévoit même une excuse absolutoire dans le cas où le mari tue sa femme et/ou son complice « à l'instant où il les surprend en flagrant délit. Du côté du code civil, on constate aussi de profondes évolutions. Du titre consacré au mariage⁵, seul a survécu l'article 212 selon lequel « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. » Tout le reste, c'est-à-dire les articles 213 à 226 a disparu au fil des réformes successives : notamment le célèbre article 213 selon lequel « le mari doit protection à sa femme et la femme obéissance à son mari », alors même que Portalis y voyait « toute la morale des époux⁶ » de même que le choix du lieu d'habitation par le mari et l'incapacité de la femme mariée.

Je termine ces remarques préliminaires en disant qu'il n'y a pas sur toutes ces questions relatives au droit de la famille une évolution historique linéaire, y compris en droit romain, comme en témoigne l'évolution du divorce. Une approche historique de la famille conduit à envisager d'abord les multiples influences qui se sont exercées sur la famille depuis Rome jusqu'à l'époque moderne (I) puis les principales évolutions que l'on constate du XVI^e siècle au code civil, conduisant à un renforcement de l'autorité (de la puissance) des pères et des maris au sein de la famille qui va de pair avec le renforcement de l'Etat (II).

I-Familles sous influences

De multiples influences se sont manifestées sur l'ancien droit de la famille. On peut distinguer, chronologiquement, des influences romaines, chrétiennes et féodales mais elles sont imbriquées d'ailleurs les unes aux autres.

Il faut commencer par les influences romaines. Ce n'est pas ici le lieu d'évoquer les relations entre le mariage et la manus et les différents types d'établissement de ce lien juridique : par confareatio⁷, cohabitation, par usage et prescription acquisitive. L'ancien droit romain consacre une sorte de monarchie domestique que l'on serait tenté de qualifier d'absolue. La Rome des origines consacre une organisation patriarcale de la famille. Le pater familias peut être défini comme « l'ascendant mâle paternel le plus âgé⁸. » Son autorité qui englobe à la fois pouvoir et protection sur la famille mais aussi entretien du culte des ancêtres défunts dure tant qu'il est en vie et quel que soit l'âge de ses enfants. Elle s'exerce aussi bien sur les biens que sur les personnes qui appartiennent au groupe familial. La parenté s'analyse comme le lien

⁵ *Code civil*, Livre I, Titre V, Du mariage, chapitre 6, Des droits et devoirs respectifs des époux.

⁶ Portalis, *Exposé des motifs du code civil*, p.203

⁷ La confareatio est le type de mariage par manu le plus formaliste pratiqué dans les familles patriciennes et dont le rite englobe le partage du gâteau d'épéeautre, avec intervention du flamme de Jupiter.

⁸ Gabriel Lepointe, *Pandectes, Textes et traductions, Commentaire schématique*, Diplômes d'études supérieures Histoire du Droit-Droit romain et examen A, Les Cours de droit, Paris, 1951-1952, p.42.

d'agnation entre les membres par rapport à ce pater, chef de groupe, sans que le lien de sang soit prépondérant⁹. Il n'est pas exagéré de dire que le pater familias exerce, à l'origine, une sorte de droit de propriété sur sa famille. « Prêtre et magistrat domestique¹⁰ », c'est lui qui est le seul à être pleinement capable (*sui juris*), disposant du patrimoine familial qui est régi par un principe d'unité et de direction par le seul pater familias. Tous les autres membres du groupe¹¹ sont des dépendants (*alieni juris*). Le pater familias doit accepter ses enfants au moment de leur naissance. Il peut exposer ses enfants, c'est-à-dire les abandonner, ce qui est l'une des sources de l'esclavage. Il décide du mariage de ses enfants. Il peut procéder à l'abandon noxal qui permet d'indemniser la victime d'un dommage ou d'un délit en abandonnant l'auteur du dommage : fils de famille, (mais aussi un esclave ou un animal). Ces règles trop radicales ont évolué dès le droit romain classique avec une atténuation des excès qui pouvaient être sources d'abus de la puissance paternelle et une quasi-disparition de la puissance maritale. S'est développée dans la Rome classique la notion de *pietas* qui doit être réciproque dans la famille et qui correspond à l'affection et au respect mutuels. On voit apparaître dans le droit prétorien des tempéraments permettant de passer outre l'opposition abusive au mariage, la faveur à l'émancipation des fils de famille, l'apparition d'une obligation alimentaire réciproque, le droit pour les fils de profiter du pécule militaire¹² et, plus tard, à partir de Constantin au III^e siècle, de celui lié à l'exercice de fonctions publiques¹³, solution étendue aux biens adventices¹⁴. On a distingué aussi entre famille agnatique et famille cognatique, les solutions juridiques favorables à cette conception ne datant que de l'époque justinienne. Rome a connu également le divorce à l'époque classique, acte extra-judiciaire privé qui se pratique dans les classes élevées et qui est ensuite limité pour des raisons tant démographiques que religieuses liées au développement du christianisme. L'incapacité de la femme mariée n'a pas toujours existé à Rome. Elle a comme point de départ le sénatus-consulte velléen¹⁵. Ce texte interdit à la femme mariée l'*intercessio pro alio* c'est-à-dire de cautionner la dette d'autrui, de donner en gage ou d'hypothéquer ses biens dans l'intérêt d'un autre. Si elle passe outre cette interdiction, la femme peut paralyser l'action du demandeur par l'exception tirée du Velléen. Les jurisconsultes romains, en particulier Ulpien au III^e siècle justifient cette mesure par la nécessité de protéger les femmes contre des engagements irréflectis. C'est la notion d'« *imbecilitas sexus* » qui figure au Digeste¹⁶, qu'il faut comprendre au sens de sexe fragile. L'empereur Justinien¹⁷ a renforcé le Velléen en interdisant toute espèce d'intercession de la femme pour le mari. Cette mesure très

⁹ *Ibidem*, p.43.

¹⁰ *Ibidem*, p.46

¹¹ Ce qui englobe la femme du chef, les descendants acceptés par le pater, les esclaves, les clients et les affranchis.

¹² Le *peculium castrense* englobe à la fin de la République après le passage à l'armée de métier la solde, la part de butin et les cadeaux reçus par les militaires.

¹³ Le *peculium quasi castrense*.

¹⁴ Il s'agit des biens recueillis par les fils dans la succession de leur mère formant désormais, à partir du règne de Constantin (319) une masse à part dont les enfants ont la nue-propriété. Sur les pécules des filli et les *bona adventicia*, A.E. Giffard, *Précis de droit romain*, Tome premier, Paris, Librairie Dalloz, 4^e édition, 1951, p.219-222.

¹⁵ La date actuellement retenue pour le sénatus consulte velléen est celle de 46 qui correspond au règne de l'empereur Claude (41-54).

¹⁶ Digeste, XVI, 1, 2, 2.

¹⁷ Nouvelle 134 (datée de 556), appelée au Moyen-Age l'authentique « *Si qua mulier* »

énergique est demeurée, dans l'histoire du droit, le symbole de l'incapacité féminine. Rome pratique beaucoup l'adoption (*alieni juris*) et l'adrogation (*sui juris*). La dot est d'application quasi-générale et la promesse de constitution de dot est d'abord un contrat oral particulier puis un pacte légitime, avec un principe d'indisponibilité des biens dotaux imposé au mari. Ces influences romaines ne concernent pas que l'Antiquité puisque le droit romain a fait l'objet d'une première renaissance à partir de la fin du XI^e siècle, illustré principalement par l'Ecole de Bologne mais aussi à partir du XIII^e siècle en France par les Ecoles d'Orléans¹⁸ et de Toulouse¹⁹. C'est ainsi que dans les pays de droit écrit, comme ceux relevant du parlement de Toulouse le père a l'obligation de doter sa fille.

Les influences chrétiennes sont très grandes dans la mesure où la matière du mariage relève de la compétence de l'Eglise jusqu'à la Révolution française. Le principe de l'indissolubilité du mariage est propre à la doctrine catholique. Il repose sur la parole du Christ dans les Evangiles²⁰ : « ce que Dieu a uni, l'homme ne doit point le séparer » ainsi que « Quiconque répudie sa femme et en épouse une autre commet un adultère, et celui qui épouse une femme répudiée par son mari, commet un adultère. »²¹ L'interprétation de Saint Paul est à l'origine du mariage-sacrement : « que la femme ne se sépare pas de son mari ...et que le mari ne répudie pas sa femme. »²² Le mariage-sacrement s'est finalement imposé, selon la doctrine de Pierre Lombard, évêque de Paris, auteur des *Sentences* (1155) qui feront autorité chez les théologiens jusqu'à la *Somme théologique* (1266-1279) de Saint Thomas d'Aquin (+1274). Dans les conceptions chrétiennes, il y a à la fois une égalité de dignité théologique entre la femme et le mari et aussi l'idée de soumission dans l'amour mutuel²³. L'homme est la tête de la femme, à l'image du Christ, tête de l'Eglise. « Vir est caput mulieris ». La matière du mariage relève de la compétence des justices d'Eglise, spécialement les officialités diocésaines qui appliquent la procédure romano-canonique, privilégient l'écrit et les preuves rationnelles, appliquent des sanctions religieuses, admettent l'appel des décisions jusqu'en Cour de Rome. Les canonistes ont envisagé la matière du mariage et de sa validité sous l'angle du discernement des époux, de la liberté du consentement, « pierre angulaire du mariage » Ils se sont penchés sur la question des empêchements au mariage : liens de parenté ou d'alliance, empêchements physiques, spirituels, ont imaginé des dispenses, ont posé des règles de publicité à travers la publication des bans du mariage... Pour la doctrine catholique, qui ne sera pas reprise par les protestants, de deux choses, l'une. Soit le sacrement n'a pas été valablement donné et alors le mariage n'a jamais existé. Afin de régler le sort des enfants qui auraient pu naître d'un mariage inexistant, les canonistes ont inventé la théorie du mariage putatif qui vient protéger ces enfants qui

¹⁸ Se référer à la thèse de Marie Bassano, « *Dominus domini mei dixit...* » *Enseignement du droit et construction d'une identité des juristes et de la science juridique. Le studium d'Orléans (1230-1320)*, Université d'Orléans, 2008.

¹⁹ Henri Gilles, *Université de Toulouse et enseignement du Droit, XIII^e-XVI^e siècles*, Université des sciences sociales de Toulouse, SEDUSS-Picard diffusion, 1992.

²⁰ Mathieu, 19, 6 et Marc, 10, 9.

²¹ Luc, 16, 18.

²² I, Corinthiens, VII, 10-11. Epître écrite en 56.

²³ Ephésiens, V, 21-33. Epître écrite en 62-63.

auraient été des bâtards privés de tous droits par rapport aux enfants légitimes. Soit le sacrement a été donné valablement et donc, il ne peut être rompu. La seule solution est la séparation de corps qui fait cesser la vie commune mais ne rompt pas le sacrement, ce qui empêche un deuxième mariage.

Les influences féodales se rencontrent surtout dans le droit coutumier dont les solutions sont d'ailleurs souvent influencées par les droits savants. Dans les droits germaniques, on trouve la notion de mundium exercé sur la femme par un membre de sa famille mais on doute de l'existence du mundium marital²⁴. Le droit coutumier insiste sur l'obéissance de la femme au mari. Ainsi, la Très ancienne coutume de Normandie (1199-1220), « la femme doit obéissance à son mari dans beaucoup de chose, dans la plupart des choses, et presque pour chaque chose. » Le Livre de Jostice et plet, écrit vers 1260 dans l'orbite de l'Ecole d'Orléans, déclare que le mari est « le seigneur de la femme. » Dans ses Coutumes de Clermont-en-Beauvaisis (1283), Philippe de Beaumanoir écrit que « le mari est le baron de la femme. »²⁵ Ce qui compte, c'est moins l'individu que son appartenance familiale. La famille, c'est à la fois le ménage et le lignage²⁶. Le ménage correspond à la mesnie, le père, la mère, les enfants mais avec des élargissements possibles à l'égard de ceux qui vivent « à même pot et feu », sous la forme des affrètements concernant la mère de la femme, les gendres et les belles-filles, qui peuvent avoir droit à une partie des meubles au cas de succession. Le mariage étant indissoluble, le droit protège la femme avec le douaire au profit de la veuve, le régime coutumier de la communauté de biens, le mécanisme de la réserve héréditaire qui va bien au-delà de la légitime romaine. On voit apparaître aussi les communautés taises ou tacites avec mise en commun des meubles. Il y aussi le lignage qui correspond à la famille élargie. La loi salique évoque « les parents tam de patre quam de matre ». Le lignage n'a pas de limite et englobe tous les parents des deux côtés. Cela entraîne de multiples conséquences telles que les solidarités en matière judiciaire : serment purgatoire et cojureurs, les compositions pécuniaires, en matière militaire pour les guerres privées. On voit intervenir les parents au moment du mariage, depuis les fiançailles, dans l'acceptation ou pas des cadeaux offerts par le mari, dans l'établissement du douaire prévu au cas de veuvage de la femme ou encore au cas d'expulsion de la femme convaincue d'adultère. Dans la protection des incapables, on voit intervenir les assemblées de parents, ancêtres des conseils de famille, pour régler la garde des sous-âgés. Le lignage est pris en compte également en matière d'empêchements au mariage ou, en matière patrimoniale dans le retrait lignager car les biens reçus de sa famille ont vocation à y retourner ou à y demeurer. Nécessité aussi du maintien du patrimoine familial à travers le droit d'ainesse lié en général au droit de masculinité, pas toujours, comme le révèle l'étude du droit pyrénéen correspondant à des territoires très enclavés, restés à l'abri d'influences romaines ou germaniques et qui consacrent l'ainesse absolue qui joue aussi au profit des femmes²⁷. Ces influences féodales se

²⁴ Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2002, p.119.

²⁵ *Ibidem*, p. 120.

²⁶ *Ibidem*, p.55-56.

²⁷ Paul Ourliac et Jean-Louis Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'an Mil au code civil*, Bibliothèque de

retrouvent également dans le mariage de la vassale, car le mari servira le fief du point de vue militaire ou dans le cas de formariage pour les serfs²⁸ avec ses applications également aux aubains²⁹, terme qui dans l'ancien droit désigne les étrangers pour lesquels on applique longtemps des solutions défavorables telles que le droit d'aubaine qui empêche de transmettre la succession et le droit de marque avant que s'impose la distinction entre le jus civilis et le jus gentium qui leur permet notamment le mariage et les engagements dans des contrats consensuels, à l'époque moderne mais qui les prive du droit de transmettre leur succession à défaut de descendants ou encore d'accéder à des offices publics³⁰ et à des bénéfices ecclésiastiques³¹. Le cadre général ayant été rappelé, il convient d'aborder maintenant les évolutions de la famille de l'époque moderne au code civil qui conduisent, par touches successives, à une accentuation de la notion d'ordre au sein des familles, dont ne peut être responsable, selon les conceptions classiques que le chef de famille, en tant que père et mari.

II- Le renforcement de l'autorité au sein de la famille

A l'époque moderne, le développement des thèses gallicanes, particulièrement défendues par les parlements, qui utilisent la procédure de l'appel comme d'abus, conduit à une limitation progressive de la compétence des juridictions de l'Eglise. Il en résulte que les justices royales se réservent, progressivement, la connaissance des questions temporelles et pécuniaires relatives au mariage. Par ailleurs, malgré la résistance de certaines pratiques d'origine féodale que l'on constate dans le droit des nobles, le droit français a tendance à resserrer la famille autour du ménage et à renforcer l'autorité masculine dans la famille. Se développe un courant antiféministe dont on a quelques échos certainement caricaturaux chez François Rabelais qui, dans *Le Tiers Livre*³², consacre plusieurs chapitres au mariage. « Quand je dis femme, je dis un sexe si fragile, si variable, si changeant, si inconstant et si imparfait que la nature me paraît (parlant en tout honneur et respect), quand elle a bâti la femme, s'être égarée de ce bon sens avec lequel elle a créé et formé toutes choses. J'y ai pensé cent et cinq cents fois et ne sais à quoi me résoudre, sinon qu'en forgeant la femme, elle a eu égard à la délectation de l'homme et à la perpétuation de l'espèce humaine, beaucoup plus qu'à la perfection de l'individualité féminine...Platon ne sait dans quel rang il doit les colloquer, dans celui des animaux raisonnables ou dans celui

synthèse historique, collection l'évolution de l'humanité, Paris, Albin Michel, 1985, p.114-115.

²⁸ Pierre Petot, *Histoire du droit privé français, La famille*, Texte établi et annoté par Claude Bontems (à partir du Cours de doctorat professé à la Faculté de droit de Paris jusqu'en 1957), Paris, Editions Loysel, 1992, p.283-298.

²⁹ Se reporter à *L'étranger*, Recueils de la Société Jean Bodin, Bruxelles, Editions de la librairie encyclopédique, tomes IX et X, 1958 ainsi qu'à notre étude : « aux origines des droits de l'Homme : l'étranger dans l'ancien droit français », Colloque organisé à la Faculté de droit de Valladolid, en 2011.

³⁰ Rousseaud de La Combe, *Recueil de jurisprudence civile des pays de droit écrit et coutumier par ordre alphabétique*, Paris, 4^e édition, 1762, article « aubain », Section II, n°1, p.37.

³¹ R. Laprat, *Dictionnaire de droit canonique*, Sous la direction de Raoul Naz, Paris, Letouzey et Ané, 1935, Tome 1, Col. 1332-1380.

³² François Rabelais, *Le Tiers Livre*, 1546, Panurge demandant conseil à Pantagruel en matière de mariage, notamment chapitre 32, Comment Rondibilis déclare que le cocuage est l'apanage naturel du mariage.

des bêtes brutes... »

Le renforcement de l'autorité masculine dans la famille est l'une des orientations majeures de l'ancien droit à partir du XVI^e siècle. Ce renforcement va de pair avec celui de l'autorité royale. En effet, le *pater familias* exerce une autorité à l'image de celle du roi considéré traditionnellement comme le père de ses peuples, d'où le développement de la justice paternelle du roi qui s'exprime notamment par les lettres de cachet, souvent sollicitées par les familles à la fin de l'ancien Régime³³. Cette autorité n'est pas despotique, non plus que l'autorité royale car elle est tempérée par l'amour et la tendresse, le désir du bonheur de ses enfants. Du côté de la puissance maritale, on le voit dans l'application plus stricte de l'incapacité de la femme mariée, la référence au Velléien étant à la fois approximative, avec des attributions fantaisistes à un pseudo-empereur qui aurait porté ce nom ou des clauses de renonciation, mais réelle. Elle fait l'objet de tempéraments devenus classiques en droit coutumier comme en pays de droit écrit. Des exceptions au principe d'incapacité de la femme mariée existent, en effet, pour les actes de gestion courante du ménage³⁴ mais aussi pour la femme marchande publique pour les actes de commerce et pour la femme séparée de corps. Même chose au cas où le mari serait frappé d'incapacité (folie, absence, prison). On reconnaît également la capacité testamentaire de la femme mariée. Il est possible de demander une autorisation judiciaire pour ester en justice ou passer des contrats. L'autorisation du mari est normalement exigée pour tous les actes, y compris dans le cas où le mari serait mineur et où lui-même ne pourrait agir sans son curateur. Cette autorisation doit être expresse et doit avoir été donnée avant la passation de l'acte. A défaut d'autorisation, l'acte passé par la femme mariée est frappé de nullité absolue. La coutume de Paris prévoit même que les créanciers de la femme ne peuvent la poursuivre même après le décès du mari³⁵, solution qui est plus sévère que dans le droit médiéval où l'acte était simplement suspendu tant que durait la puissance maritale. Henri IV a voulu abroger cette disposition (1606) mais s'est heurté à la résistance de certains parlements, notamment celui de Toulouse³⁶.

Le renforcement de l'autorité dans la famille se manifeste également dans le domaine des conditions de validité du mariage. Contre les décisions du concile de Trente³⁷ qui rappelle la préférence de l'Eglise pour les mariages contractés avec le consentement des familles mais refuse l'annulation de tels mariages en faisant prévaloir sur tout autre considération la libre volonté des époux, le droit français³⁸ pose le principe de la nécessaire autorisation des familles jusqu'à l'âge de 25 ans pour les femmes et 30 ans pour les hommes, ceci par crainte des mésalliances en particulier dans les familles aristocratiques. Au-delà de cet âge, les futurs doivent encore se plier à

³³ Cf Claude Quézel, *De par le Roy, Essai sur les lettres de cachet*, Toulouse, Privat, 1981, p. 123-169.

³⁴ Pothier, au XVIII^e siècle, parlera de mandat tacite en ce cas.

³⁵ Article 223 de la Coutume réformée de Paris (1580)

³⁶ Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire du droit civil*, *op.cit.*, p.122.

³⁷ Session XXIV, 1563, chap. 1^{er}, canon Tametsi.

³⁸ La règle est posée dès avant la décision du concile de Trente par un édit de 1556, solution reprise par l'ordonnance de Blois (1579), par une déclaration de 1639 prévoyant l'impossibilité de régularisation d'un tel mariage puis un édit de 1697..

l'exigence des actes respectueux par lesquels ils demandent, en la forme notariée, à leurs parents de leur accorder leur autorisation. Finalement, le mariage peut avoir lieu malgré le refus parental mais les époux s'exposent à des sanctions. Ces sanctions sont d'abord civiles, les parents pouvant priver leurs enfants de la succession, ce qui constitue une véritable épée de Damoclès. Il y a aussi des sanctions pénales, la peine de mort étant prévue pour celui qui suborne un mineur de vingt-cinq ans sous prétexte de mariage, sans obtenir le consentement des parents ou du tuteur, d'où le célèbre adage selon lequel : « il n'est si bon mariage qu'une corde ne rompe.³⁹ » De son côté, la jurisprudence a défini la notion de rapt de séduction, reprise ensuite par la législation royale⁴⁰, correspondant au rapt sans violence, qui permet de prononcer la nullité du mariage, le rapt⁴¹ étant, en quelque sorte, présumé à défaut de consentement des parents⁴². Ces dispositions très sévères, qui ne sont pas d'ailleurs spécifiques à la France, se heurtent à une certaine évolution des mentalités plus favorables au mariage d'inclination. Les comédies de Molière (Le malade imaginaire par exemple) développent à l'envi ce thème des mariages arrangés par le père de famille, avec des conclusions favorables à la liberté des jeunes gens et à la compréhension finale des pères. L'Etat royal exerce également un contrôle sur les conditions de forme relatives au mariage, de manière à lutter contre les mariages clandestins et éviter les difficultés qui peuvent en résulter, d'où l'exigence de la tenue par les curés des paroisses des actes de mariage (ordonnance de Blois de 1579) après ceux de baptêmes et de décès (ordonnance de Villers-Cotterets de 1539). La question douloureuse de l'état-civil des protestants a finalement été réglée par l'édit de 1787 qui leur permet de faire constater officiellement leur mariage par le juge royal, ce qui constitue la première laïcisation du mariage en droit français.

Les derniers siècles de l'ancien Régime sont caractérisés par la coexistence entre la notion religieuse de mariage-sacrement (dont s'écarte le protestantisme) et celle du mariage-contrat. L'Ecole du droit naturel insiste, quant à elle, sur la conception naturelle du mariage. Ces différentes conceptions donnent lieu à des conciliations. Ainsi, Pothier, au XVIIIe siècle, voit dans le mariage « un contrat que Jésus-Christ a élevé à la dignité de sacrement. » Les penseurs des Lumières ont tendance à considérer que le mariage doit être encouragé pour les masses et le célibat assorti du libertinage bien préférable pour l'élite⁴³.

Le droit révolutionnaire a profondément modifié le droit familial⁴⁴. Il consacre des solutions qui diminuent l'influence de l'Eglise catholique : laïcisation du mariage et de l'état-civil (décret du 20 septembre 1792), introduction du divorce car il est

³⁹ Antoine Loisel, *Institutes coutumières*, 1607.

⁴⁰ La notion, apparue antérieurement dans la jurisprudence des parlements, passe dans le droit royal à partir des années 1730.

⁴¹ Sur l'évolution de la notion de rapt, Sous la direction de Gabriele Vickermann-Ribémont et Myriam White-Le-Goff, *Rapts, Réalités et imaginaire du Moyen-Age aux Lumières*, Classiques Garnier, Collection Esprit des lois, Esprit des Lettres, n°5, 2015.

⁴² Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, p.99-100.

⁴³ Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon, aux soubassements de la France moderne*, Dominique Martin Morel, 2003, Chapitre VI, Fonction paternelle et Code Napoléon, p. 216-250.

⁴⁴ On se reportera, en particulier, à Marcel Garaud et Romuald Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, Paris, PUF, 1978.

considéré comme attentatoire à la liberté de s'engager d'une manière définitive dans le mariage comme d'ailleurs dans les vœux religieux solennels interdits en 1790. Il diminue aussi la puissance paternelle en fixant un âge de majorité à 21 ans et en limitant la possibilité de disposer de ses biens, en améliorant aussi la situation des enfants naturels par rapport aux enfants légitimes. Le droit révolutionnaire a cherché à supprimer toute puissance maritale jugée archaïque, en particulier le premier projet de code civil présenté par Cambacérès à la Convention à l'été 1793. Il y a aussi une défaveur à l'égard du célibat, le célibataire étant considéré comme un égoïste et un mauvais patriote. Si quelques femmes de l'époque révolutionnaire sont restées célèbres, telles Madame Rolland ou Marie Gouzes dite Olympe de Gouges, originaire de Montauban, à l'origine de la Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne (1791) qui féminise⁴⁵ les dix-sept articles de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le droit révolutionnaire est peu favorable aux femmes, notamment dans le domaine des droits politiques comme en témoignent les Constitutions de 1791⁴⁶ ou celle de 1795 qui comporte une déclaration des devoirs et souligne l'expérience des hommes en prévoyant parmi les conditions requises pour être élu au conseil des Anciens des conditions d'âge (40 ans) et aussi le fait d'être marié ou de l'avoir été.

Le code civil, promulgué la même année que le sacre de Napoléon, a cherché ici comme ailleurs la synthèse entre les traditions juridiques de l'Ancien Régime et les apports révolutionnaires. Selon les matières, la part de ces influences est très variable. En matière de droit des obligations, le droit romain a été le modèle incontestable, revisité d'ailleurs par l'Ecole du droit naturel (la raison écrite), via Domat et Pothier. En matière de droit de la famille qui avait été le plus bouleversé par les innovations révolutionnaires, on assiste à un retour très net, amorcé, d'une manière oblique dès l'époque du Directoire⁴⁷ d'une conception traditionnelle de la famille placée sous le gouvernement du père de famille. Il est indéniable que dans l'esprit du temps qui aspire à un retour à l'ordre, la restauration de l'autorité des pères et des maris va de pair avec la restauration de l'autorité de l'Etat et spécialement celle du chef de l'Etat, modèle du *pater patriae*. « C'est par la petite patrie qui est la famille que l'on s'attache à la grande ; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens. » peut conclure Portalis à la fin de son discours préliminaire de présentation du code civil. Le thème de l'esprit de famille qui renforce l'esprit de cité⁴⁸ et la conviction qu'il y a un lien très fort « entre l'autorité domestique et la stabilité politique »⁴⁹ sont donc largement partagés dans la société française et bien au-delà du régime napoléonien tout au long du XIXe siècle. Il en résulte une

⁴⁵ Ainsi l'article X qui dispose : « la femme a le droit de monter sur l'échafaud. Elle doit avoir également le droit de monter à la Tribune. »

⁴⁶ Voir en particulier les dispositions sur la Régence qui ne peut plus être exercée par une femme, comme tel était le cas sous l'ancien Régime.

⁴⁷ Xavier Martin, *Mythologie du code Napoléon*, *op.cit.*, p. 252-255.

⁴⁸ Sur les débats qui eurent lieu au moment des discussions relatives au code civil, on peut se reporter à *Naissance du Code civil, La raison du législateur*, Travaux préparatoires du Code civil rassemblés par P. A. Fenet, Extraits choisis et présentés sous la direction de François Ewald, Paris, Flammarion, 1989, Chapitre 4, p. 169-219.

⁴⁹ Jean-Louis Halperin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, Collection droit fondamental, 1996, p.82.

réaction très vive par rapport au droit révolutionnaire. Seuls demeurent la sécularisation de l'état-civil et du mariage ainsi que le maintien controversé, réduit et temporaire⁵⁰ du divorce, à la fois pour des motifs généraux évoqués par Portalis (la pluralité des cultes) et politiques tenant aux impératifs dynastiques, Napoléon Bonaparte n'ayant toujours pas d'héritier en 1804. Sans se désintéresser du sort des enfants naturels, , le code civil consacre à nouveau la famille légitime, comme l'explique Portalis : « Sans doute, il serait contre les bonnes mœurs que les enfants nés d'un commerce illicite eussent les mêmes prérogatives que les enfants nés d'un mariage légitime ; mais l'abandon absolu des enfants naturels serait contre l'humanité.⁵¹ »

Le code civil a donc rétabli l'autorité des pères et des maris dans toute sa splendeur. On peut parler de véritable restauration dans ce domaine, le régime du code civil étant très proche de celui de l'ancien droit, y compris les actes respectueux⁵², l'incapacité de la femme mariée⁵³, la puissance paternelle avec le droit de correction⁵⁴, la situation défavorable des enfants naturels par rapport aux enfants légitimes⁵⁵. Cela correspond aux mentalités de cette époque selon lesquelles la femme est inapte au gouvernement de la famille comme à l'exercice de droits politiques. Dans l'Exposé des motifs sur le code civil⁵⁶, Portalis évoque la dispute sur « la préférence ou l'égalité des sexes. ...On a très bien observé que l'homme et la femme ont partout des rapports, et partout des différences. ...Ils seraient moins disposés à se rapprocher s'ils étaient plus semblables. La nature ne les a faits si différents que pour les unir. Cette différence qui existe dans leur être en suppose dans leurs droits et dans leurs devoirs respectifs. Sans doute dans le mariage, les deux époux concourent à un objet commun, mais ils ne sauraient y concourir de la même manière. Ils sont égaux en certaines choses et ils ne sont pas comparables dans d'autres. La force et l'audace sont du côté de l'homme, la timidité et la pudeur du côté de la femme. L'homme et la femme ne peuvent partager les mêmes travaux, supporter les mêmes fatigues, ni se livrer aux mêmes occupations. Ce ne sont point les lois, c'est la nature même qui a fait le lot de chacun des deux sexes. La femme a besoin de protection, parce qu'elle est plus faible ; l'homme est plus libre parce qu'il est plus fort. La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être... Il faut, dit Portalis, une autorité dans la famille : la prééminence du sexe la donne au mari ; s'il ne l'exerce point, il y a anarchie...⁵⁷ Cette prééminence est la source du pouvoir de protection que le projet de loi reconnaît dans le mari. L'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège, et elle est une suite nécessaire de la société conjugale qui ne pourrait subsister si l'un des époux

⁵⁰ Le divorce est supprimé par la loi de Bonald du 8 mai 1816 à l'époque de la Restauration et rétabli au début de la Troisième République par la loi Naquet du 27 juillet 1884.

⁵¹ Portalis, Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage formant le titre V du code civil présenté le 16 ventôse an XI (8 mars 1803).

⁵² Articles 148 à 160 du code civil.

⁵³ Articles 215 à 226 du code civil.

⁵⁴ Articles 371 à 387 du code civil.

⁵⁵ Articles 331 à 342 du code civil.

⁵⁶ Portalis, Exposé des motifs sur le titre V du Livre Ier du code civil, p.203-205.

⁵⁷ Portalis, Livre premier, Des personnes, Titre sixième, Du divorce, discussion du Conseil d'Etat, séance du 14 vendémiaire an X (6 octobre 1801), t. IX, p.252-258.

n'était subordonné à l'autre. Le mari et la femme doivent incontestablement être fidèles à la foi promise ; mais l'infidélité de la femme suppose plus de corruption et a des effets plus dangereux que l'infidélité du mari : aussi l'homme a toujours été jugé moins sévèrement que la femme... Les femmes connaîtraient peu leur véritable intérêt, si elles pouvaient ne voir dans la sévérité apparente dont on use à leur égard, qu'une rigueur tyrannique plutôt qu'une distinction honorable et utile... Ce n'est donc point dans notre injustice, mais dans leur vocation naturelle que les femmes doivent chercher le principe des devoirs plus austères qui leur sont imposés pour leur plus grand avantage et au profit de la société... » De son côté, Napoléon Bonaparte déclare au Conseil d'Etat⁵⁸ : « La nature a fait des femmes nos esclaves. Le mari a le droit de dire à sa femme Madame, vous ne sortirez pas. Madame, vous n'irez pas à la comédie. Madame, vous ne verrez pas telle ou telle personne. C'est dire : Madame, vous m'appartenez corps et âme. »

Tout au long du XIXe siècle, ce régime traditionnel s'est appliqué sans modification majeure et on peut opposer la grande stabilité du droit de la famille, au moins jusqu'aux années 1880 à l'évolution heurtée des régimes politiques qu'a connus la France au XIXe siècle. Dans les milieux populaires, les garçons se marient vers l'âge de 20 ans avec des promises de 16 ans⁵⁹. Dans les classes supérieures, les filles ont entre 18 et 20 ans, avec le couperet de la Sainte-Catherine à 25 ans. Les jeunes gens se marient rarement avant la trentaine, avec assez souvent une période de débauche⁶⁰, à l'issue de laquelle ils échangent une maîtresse ruineuse contre une épouse souvent très riche et très bien dotée. Une différence d'âge de dix ans est commune, parfois beaucoup plus. Jusqu'à 20 ans, la différence d'âge ne choque personne. Il n'est pas rare qu'une fille épouse un ami de l'âge de son père. On parle sous le Second empire de mariages « du printemps et de l'hiver.⁶¹ »

Les mentalités ont évolué mais très lentement. Le mariage reste la grande affaire des familles, comme en témoigne la littérature française. Ainsi Balzac aborde-t-il la question dans plusieurs de ses ouvrages⁶² où se mêlent à la fois des conceptions traditionnelles plaçant la femme dans la dépendance de l'homme, spécialement du mari et des innovations hardies. Dans *Physiologie du mariage*⁶³, il égrène vingt-trois (bonnes ?) raisons de se marier : une ou presque par lettre de l'alphabet depuis l'ambition jusqu'au zèle en passant par l'ennui, l'intérêt, l'obligation ou l'usage pour s'en tenir aux seules voyelles⁶⁴. « La femme, écrit-il, est une propriété que l'on acquiert par contrat, elle est mobilière, car possession vaut titre ; enfin, la femme

⁵⁸ Cité par Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire du droit civil*, *op.cit.*, p.122-123.

⁵⁹ Isabelle Bricard, *Saintes ou pouliches*, *op. cit.*, p.277-278.

⁶⁰ Cf Alfred de Musset, *La confession d'un enfant du siècle*, roman paru en 1836 qui narre la vie tumultueuse et désespérée d'Octave

⁶¹ Le vicomte Suleau, sénateur, semble détenir le record en se mariant à 70 ans avec une jeune et jolie parente de plus de quarante ans sa cadette. Cité par Isabelle Bricard, *Saintes ou pouliches*...*op.cit.*, p.277-278.

⁶² En particulier : *Le contrat de mariage*, *La cousine Bette*, *La femme de trente ans*, *Confidences de deux jeunes mariées*, *Petites misères de la vie conjugale*.

⁶³ Ouvrage rédigé entre 1824 et 1829, publié en 1829. Honoré de Balzac, *Œuvres complètes, Etudes analytiques, Physiologie du mariage ou Méditations de philosophie éclectique sur le bonheur et le malheur conjugal*, Paris, Michel Lévy frères éditeurs, 1874, p.13-14.

⁶⁴ Cité par Isabelle Bricard, *Saintes ou pouliches, L'éducation des jeunes filles au XIXe siècle*, Paris, Albin Michel, 1985, p.276-277.

n'est, à proprement parler, qu'une annexe de l'homme...⁶⁵» En témoignent aussi les conseils donnés aux jeunes filles dans les livres de bonnes manières qui ont eu longtemps une grande diffusion. Ainsi celui de Liselotte⁶⁶ qui comporte un long chapitre d'une centaine de pages⁶⁷ sur le mariage. Sont traitées les rubriques suivantes : Comment on prépare les jeunes gens au mariage, le choix d'un époux, les préliminaires : mariage d'inclination, mariage de convenances, la première rencontre, après une entrevue favorable, lorsque l'entrevue est défavorable, la demande en mariage par le père du jeune homme normalement, les fiançailles, le diner de fiançailles, la bague de fiançailles, le faire-part des fiançailles, la corbeille de mariage, les cadeaux, le partage des frais, le trousseau, les invitations, les toilettes du cortège, le jour du mariage, ordre du cortège, la cérémonie, les garçons et demoiselles d'honneur, le lunch, le repas de noces, la lune de miel, les visites de noces. Il y a aussi un passage sur le divorce⁶⁸ qui relate les causes et la procédure et contient un développement sur la conduite d'une divorcée. Il est recommandé à celle-ci d'éviter de se rendre dans les endroits où se rend son ancien mari, aux maîtres de maison corrects de s'abstenir d'inviter ensemble à un dîner ou une soirée les anciens époux. Le remariage civil d'une divorcée doit se faire dans l'intimité. Pendant l'instance de divorce, il est conseillé à la femme de se retirer chez ses parents ou des amis, d'éviter les sorties fréquentes et les réunions mondaines. L'auteur indique que « beaucoup de familles refusent encore d'accepter le divorce civil et d'admettre dans leur famille les fils et filles de divorcés. Certains salons ferment leurs portes aux femmes divorcées et une sorte d'ostracisme semble planer sur elles. » A propos des questions d'étiquette, il est conseillé aux femmes séparées de « porter le deuil, lors même qu'elles perdent un mari détesté. Elles doivent désarmer devant la mort de celui dont elles ont encore le nom. C'est surtout lorsqu'on a des enfants que l'on doit cet hommage à sa mémoire. »⁶⁹

Ce régime du code civil a été depuis détricoté surtout dans la seconde partie du XXe siècle par un certain nombre de lois (entre 1965 et 1985), de sorte que c'est aujourd'hui un régime d'égalité qui s'applique : fixation du lieu de résidence du ménage, participation aux charges du ménage, à proportion de ses capacités financières, libre exercice d'une profession, actes de disposition, intervention du juge dans le cas d'actes mettant en péril les intérêts de la famille.

Face aux réformes récentes du droit de la famille dont mes collègues civilistes vont maintenant vous entretenir, l'historien du droit se doit de rappeler, en terminant, que l'Histoire occidentale nous a transmis un modèle traditionnel de la famille. Il s'agit de la famille légitime fondée sur le mariage entre un homme et une femme orienté principalement vers la procréation avec consécration de la monogamie et prépondérance masculine. Visant un idéal de stabilité et de solidarité entre ses membres, la famille repose sur le mariage. On peut voir en lui « l'institution des

⁶⁵ Honoré de Balzac, *Physiologie du mariage*, *op.cit.*, p. 132.

⁶⁶ Liselotte, *Le guide des convenances, Savoir-vivre, obligations sociales, usages mondains, notes intimes*, Paris, Bibliothèque de la société anonyme du « Petit Echo de la mode », 14^e édition, 1915, p.69-170.

⁶⁷ Près du quart de l'ouvrage qui comprend 433 pages de texte.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 168-170.

⁶⁹ *Ibidem*, p.431.

institutions » parce que l'Etat est fondé sur les familles et parce que les vertus privées sont le gage des vertus publiques. En ce sens, l'article 4 de la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen de la constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) proclame que : « Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon époux. » Dans l'Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage formant le titre V du code civil présenté le 16 ventôse an XI, Portalis rappelle que « les familles sont la pépinière de l'Etat et c'est le mariage qui fonde les familles. Les philosophes observent principalement le rapprochement de deux sexes, les jurisconsultes n'y voient que le contrat civil, les canonistes n'y aperçoivent qu'un sacrement ou ce qu'ils appellent le contrat ecclésiastique.... Le mariage est...la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels à porter leur commune destinée... » On ne peut mieux dire.

On terminera par un vœu. Dans le contexte actuel où le droit de la famille qu'avait consacré le code civil, se trouve bouleversé (le mot est peut-être trop faible) du fait de l'évolution des mœurs qui s'est produite depuis un demi-siècle et qui s'est accélérée ces derniers temps, il nous apparaît nécessaire que les historiens du droit réinvestissent le champ de l'histoire du droit privé⁷⁰. Nos débats juridiques ont, en effet, tout à gagner d'une mise en perspective historique qui permet de savoir d'où l'on vient à défaut de savoir où l'on va !

Philippe Nélidoff

Professeur d'histoire du droit à la Faculté de droit et science politique de l'Université Toulouse 1 Capitole.

⁷⁰ La proportion des thèses d'histoire du droit concernant le domaine de l'histoire du droit privé est aujourd'hui trop réduite. Sur le corpus des 293 thèses ayant obtenu la qualification du CNU entre 2000 et 2013, 18 thèses seulement, soit 5,5% sont relatives à l'histoire du droit des personnes et de la famille, à égalité avec l'histoire religieuse et du droit canonique mais loin derrière l'histoire de la pensée politique et juridique (14,37%), l'histoire du droit administratif (11,92%), l'histoire du droit et des institutions publiques (11,31%), l'histoire de la justice (9,78%), l'histoire du droit pénal (9,78%). Cf Laurent Verso, « Panorama et perspectives de la recherche doctorale en histoire du droit », Sous la direction de Jacques Krynen et Bernard d'Alteroche, *L'Histoire du droit en France, Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, Collection histoire du droit, 2014, p.559-569.